Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

VIII.

Das gemeinrechtliche Erziehungsrecht.

Von Herrn Profeſſor Burchardi in Kiel.

Die Ueberſchrift dieſes Aufſatzes, die, wenn ſie auch auf den erſten Blick etwas befremdend erſcheinen mag, ſich doch eben ſo gut rechtfertigen läßt, als die jedem Juriſten geläufigen Ausdrücke: Eherecht, Güterrecht, Erbrecht u. d. m., iſt deshalb ſo allgemein gefaßt worden, damit jedwede Beſtimmung des gemeinen Rechts über die Kindererziehung darunter begriffen werden könnte; indeſſen hoffe ich, daß niemand darum die Nachweiſung einer geſetzlichen Pädagogik, die nicht weniger undenkbar iſt, als eine genaue geſetzliche Feſtſetzung ſämmtlicher ehelichen Pflichten, von mir erwarten werde. Was ſich hierhergehöriges in unſern Quellen findet, betrifft — wie es auch in der Natur der Sache liegt — im Weſentlichen nur das Recht und die Pflicht, die Erziehung von Kindern zu leiten, und dieſelben deshalb bey ſich zu haben. Eine Zuſammenſtellung dieſer Grundſätze und Normen gehört nun zwar nicht zu den ſehr ſchwierigen Unternehmungen, aber doch auch nicht gerade zu den geringfügigen oder unpraktiſchen, und eine ſolche Erörterung dürfte ſich daher wohl für dies Archiv eignen; um ſo mehr, da es nicht nur an einer vollſtändigen Entwicklung jener Beſtimmungen noch immer fehlt, ſondern da auch über mehrere derſelben bis auf die neuere Zeit

einige, der Aufmerkſamkeit keineswegs unwürdige, Irrthümer geherrſcht haben.

Den Stoff für die folgende Ausführung liefert ausſchließlich das römiſche Recht, indem in den andern Quellen des gemeinen Rechts, kaum ein Paar untergeordnete Verfügungen vorkommen, welche hier berückſichtigt zu werden verdienen; aber was das römiſche Recht hier bietet, iſt auch beynahe durchgehends noch immer anwendbar, weil auffallend genug dem eigenthümlichen Weſen der römiſchen Familienverbindung, ein geringerer Einfluß auf die Erziehung der Familienglieder eingeräumt iſt, als auf die Erhaltung und Vermehrung des Vermögens, weshalb denn die große Abweichung unſeres heutigen Familienrechts von dem römiſchen, in Rückſicht des Erziehungsrechts nicht von bedeutenden Folgen hat ſeyn können.

Daß den Eltern vorzugsweiſe die Erziehung ihrer Kinder gebühre, dies iſt ein ſo natürlicher Satz, daß die Römer ihn geradezu auf die Seite der menſchlichen Natur, welche wir mit den Thieren gemein haben, auf das jus naturale, den Naturtrieb, zurückführen [1]). Allein die altpatriarchaliſche Conſtruction der römiſchen Familienverbindung hat bewirkt, daß bey ehelichen Kindern in der Regel dies natürliche Erziehungsverhältniß, mit Ausſchließung der Mutter, allein auf den Vater übertragen, und bey dieſem zu der exorbitanten väterlichen Gewalt erweitert worden iſt, welche früher unbedingt das jus vitae et necis enthielt [2]), bis endlich Alexander Sever dieſelbe in dieſer Beziehung auf ein freylich noch

---

1) l. 1. §. 3. D. de J. et J. (1, 1) pr. J. de jur. nat. gent. et civ. (1, 2).

2) Dion. Hal. Antiq. Rom. II. c. 26, Cicero pro domo c. 29, l. 2. C. Th. de liberali causa (4, 8) l. 10. C. de patria potest. (8, 47). Collat. IV. §. 8.

immer ſehr ausgedehntes Züchtigungsrecht beſchränkte [3]). Der Vater hat alſo allein die Leitung der Erziehung der in ſeiner Gewalt befindlichen Kinder, und er hat theils deshalb, theils aber auch freylich der andern, in ſeiner patria potestas liegenden Befugniſſe wegen, ein Recht darauf, die Kinder bey ſich zu haben, ein Recht, zu deſſen Geltendmachung ihm Selbſthülfe gegen die Kinder [4]) und gegen Dritte, ja ſogar gegen die Mutter, wenn dieſe etwa getrennt von ihm lebt, das interdictum de liberis exhibendis item ducendis zuſteht [5]). Es bedarf übrigens kaum der Erwähnung, daß die Mutter bey den Römern ſo gut wie bey uns, faktiſch einen großen Einfluß auf die Erziehung ihrer, der väterlichen Gewalt unterworfenen Kinder geübt haben wird; aber geſetzlich hat ſie nach römiſchen Grundſätzen in der Regel darüber nicht mehr zu ſagen, als ihr der paterfamilias geſtatten will, und darin iſt auch nichts durch ſpätere Quellen des gemeinen Rechts geändert worden [6]). Eben ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß wenn nicht der Vater, ſondern der Großvater, oder gar der Aeltervater die patria potestas hat, was freylich der heutigen Grundſätze über die ſeparirte Oeconomie wegen, bey uns ſelten der Fall ſeyn kann, nur dieſem Haupt der Familie rechtlich die Leitung der Erziehung ſeiner Enkel und Urenkel

---

3) l. 3. C. eod. Eigentlich ſetzte Al. Sever wohl nur geſetzlich feſt, was ſchon in der Obſervanz begründet war; man vergleiche l. 2. D. ad leg. Cornel. de sicar. (48, 8) l. 11. D. de lib. et posth. (28, 2).

4) Nur muß der filius familias nicht die patria potestas ſelbſt beſtreiten; l. 3. §. 3. verglichen mit l. 5. D. de liberis exhib. (43, 30).

5) l. 1. l. 3. D. eod.

6) Es iſt in der That unerklärlich, wie in dem Wieſiſchen Handbuch des Kirchenrechts, Thl. 4, S. 180, geſagt werden kann, „daß das angeblich ſchwächere Erziehungsrecht der Mutter nach allgemeinen Grundſätzen keineswegs erwieſen ſey.“ Wie, wann und wodurch, muß man hier fragen, hat die Mutter gleiches Recht mit dem Vater in Rückſicht der Erziehung erhalten?

zukommt; ſo wie auch, daß das Erziehungsrecht des paterfamilias ſich auch über ſolche Kinder erſtreckt, welche nur durch Adoption, Arrogation oder Legitimation in das Verhältniß ehelicher Deſcendenten zu ihm getreten ſind. Alles dieſes hängt zu offenbar mit dem Grund, Zweck und Weſen der väterlichen Gewalt zuſammen, als daß es eines umſtändlichen Beweiſes bedürfte.

Die Regel, daß lediglich der paterfamilias der geſetzliche Erzieher ſeiner filii- und filiaefamilias aller Grade und Arten ſey, leidet indeſſen mehrere wichtige Ausnahmen. Bevor wir jedoch zur Entwicklung dieſer Ausnahmen übergehen, wird es zweckmäßig ſeyn, zuvörderſt die Grundſätze über die Berechtigung zur Erziehung ſolcher Kinder, welche sui juris (Pupillen) ſind, zu erörtern, weil wir in dieſer Beziehung mehrere Beſtimmungen finden, welche unſtreitig wenigſtens zum Theil auch für jene Ausnahmen gelten, aber nicht ausdrücklich auch dafür aufgeſtellt ſind.

Bekanntlich gründete man ehemals auf ein faſt handgreifliches Mißverſtändniß des römiſchen Satzes „tutor personae datur non rei vel causae“ [7]) die Behauptung, daß die Erziehung eines Pupillen dem Tutor deſſelben zuſtehe. Wie unnatürlich es auch jedem vorkommen muß, daß der Tutor die leibliche Mutter von der Erziehung ausſchließen ſollte, und wie gefährlich auch ein ſolches Erziehungsrecht des Tutors oft dem Leben des Mündels werden könnte, da deſſen nächſter Erbe auch ſein gewöhnlichſter Tutor iſt, der zwar ein großes Intereſſe an der Erhaltung des Vermögens [8]), aber auch zu-

7) l. 12 — 14. D. de testam. tut. (26, 2).

8) l. 1. pr. D. de legit. tutor. (26, 4). „Legitimae tutelae Lege XII. Tabularum agnatis delatae sunt, et consanguineis, item patronis, id est his qui ad legitimam hereditatem admitti possint. *Hoc summa providentia: ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur.*

gleich an dem Tode des Mündels hat [9]), ſo hat ſich deſſenungeachtet jener, ſelbſt in das öſterreichiſche Geſetzbuch übergegangene Irrthum, Jahrhunderte lang erhalten, bis endlich v. Savigny [10]) zuerſt auf die Falſchheit dieſer Anſicht aufmerkſam gemacht, und demnächſt v. Löhr [11]) den Ungrund derſelben aus den Quellen umſtändlich nachgewieſen hat. Ein Verbot, dem Tutor die Erziehung zu überlaſſen, findet ſich zwar nicht, auch läßt ſich wohl nicht annehmen, daß er geradezu ausgeſchloſſen ſey, zum wenigſten nicht in einigen Fällen, die unten näher angegeben und unterſucht werden ſollen; allein es iſt ſo beſtimmt und allgemein im römiſchen Recht ausgeſprochen, daß die Obrigkeit (die obervormundſchaftliche Behörde) den Erzieher des Pupillen zu erwählen habe, daß man wirklich nicht begreift, wie dies ſo lange hat überſehen werden können. Während alſo bey Kindern in väterlicher Gewalt der Hausvater der geſetzliche Erzieher iſt, hat dagegen bey Pupillen die Obervormundſchaft die Vorſorge für die Erziehung, aber freylich mit einer weſentlichen Abweichung, indem die Obrigkeit natürlich nicht wie der Vater ſelbſt unmittelbar die Ausbildung leiten, ſondern nur den Erzieher beſtimmen und über deſſen Verfahren bey der Ausführung des ihm übertragenen Geſchäfts wachen ſoll [12]), wobey ihr jedoch allerdings auch die Feſtſetzung der ganzen Art und Weiſe der Erziehung, ſo wie der darauf zu verwendenden Koſten zu-

9) l. 2. C. ubi pupilli (5, 49). „Utrum nepos tuus ex filia apud te, an apud patruum suum morari debeat, ex singulorum affectione, *et qui magis ad suspicionem ex spe successionis proprior sit*, aestimabitur.

10) v. Savigny. Ueber den Beruf unſerer Zeit für Geſetzgebung und Rechtswiſſ. S. 103 u. f.

11) v. Löhr. Ueber die röm. Begriffe von Tutel und Curatel; in ſeinem und v. Grollmanns Mag. für Rechtswiſſ. und Geſetzgebung, Bd. 3, No. 1.

12) l. 1. pr. §. 1. C. 5. D. ubi pupillus educari vel morari debeat. (27, 2).

kommt [13]). Dies ſind die einfachen Grundregeln, welche vermuthlich ſo alt ſind als der römiſche Staat ſelbſt. Zwar iſt es bekannt, daß die öffentlichen Behörden in Rom ſich urſprünglich wenig oder gar nicht um die Vormundſchaften bekümmerten; allein wenn wir nur feſthalten, daß die Vormundſchaft, ihrem Zweck zufolge, niemals die Erziehung, ſondern lediglich nur die Verwaltung des Vermögens und die Vornahme rechtlicher Geſchäfte betrifft, ſo dürfen wir wohl nicht von dem alten, in Beziehung auf die Tutel ausgeſprochenen Grundſatz: „rei publicae nihil interest, res pupilli salvas esse“, den Schluß ableiten, daß der Staat in der älteſten Zeit ſich auch gar nicht um das perſönliche Wohl der heranwachſenden Generation bekümmert habe. Die Vermögensadminiſtration ward anfänglich als eine bloße Familienangelegenheit betrachtet; hingegen das Leben und die Ausbildung der noch unmündigen Staatsbürger galt gewiß von jeher als ein Gegenſtand von allgemeinem Intereſſe, wenn es gleich lange keine öffentlichen Lehr- und Erziehungsanſtalten in Rom gab.

Die Anordnungen der obervormundſchaftlichen Behörde über die Erziehung der Pupillen, ſind inzwiſchen noch einigen hier anzugebenden geſetzlichen Beſchränkungen unterworfen.

I. Wenn der Pupill nur durch den Tod ſeines Vaters sui juris geworden iſt, ſo kann ſeyn, daß der verſtorbene paterfamilias in einem gültigen Teſtament Verfügungen über die Erziehung ſeines Kindes getroffen hat [14]). Dergleichen letztwillige Dispoſitionen ſind nun allerdings nicht unbedingt

---

13) l. 2. l. 3. D. eod.

14) l. 1. §. 1 u. 3. l. 2. §. 3. D. ubi papillus (27, 2). l. 1. §. 10. D. de inspic. ventre (25, 4). Der Vater kann ſogar der Mutter das Recht vermachen, zu beſtimmen, wo das Kind erzogen werden ſoll; l. 7. pr. D. de annuis legatis (33, 1), was ein Analogon des Vermächtniſſes der tutoris optio, und vielleicht daraus hervorgegangen iſt.

bindend; denn es kann nicht nur die Obrigkeit davon abgehen, wenn ſie dieſelben unzweckmäßig findet [15]), ſondern es kann ſelbſt der Vormund ſich einſeitig, wenigſtens über die, die Koſten der Erziehung betreffenden Beſtimmungen, ſoferne dieſe nicht wohl ausführbar ſind, hinwegſetzen [16]); im Ganzen ſind aber doch ſolche väterliche Wünſche und Befehle ſo viel möglich heilig zu halten und zu befolgen; nur muß freylich der Vater bey ſeinem Tode auch ſelbſt noch die Erziehung gehabt haben, welches — wie ſchon oben angedeutet worden — nicht immer der Fall iſt; man kann nämlich doch nicht füglich annehmen, daß derjenige, dem die Erziehung bey ſeinem Leben genommen war, nichts deſtoweniger nach ſeinem Tode einen rechtlichen Einfluß darauf äußern dürfe, wiewohl ausdrückliche Erklärungen darüber fehlen.

II. Auch wenn nicht auf die angegebene Weiſe die Perſon des Erziehers und das Verfahren bey der Erziehung beſtimmt worden iſt, hat dennoch die Obrigkeit nicht ganz freye Hand.

1) Hat nämlich der Pupill eine zur Beſorgung der Erziehung fähige Mutter, ſo ſoll derſelbe zunächſt dieſer anvertraut werden, jedoch nur, bis etwa die Mutter wieder heirathet; denn bey einem Stiefvater ſollen die Kinder durchaus nicht ſeyn [17]). Hier ſtoßen wir nun aber auf einen Fall, in welchem die Frage entſteht, ob Erziehungsrecht und Tutel in einem Subject vereinbar ſind, indem ja bekanntlich Juſtinian die Mutter für die ordentliche geſetzliche Vormünderin ihrer nicht in väterlicher Gewalt ſtehenden Kinder erklärt, und

15) l. 1. §. 1. D. ubi pupillus (27, 2). l. 7. in fin. D. de annuis legatis (33, 1).

16) l. 2. §. 3. D. ubi pupillus (27, 2).

17) l. 1. C. ubi pupilli (5, 49). Nov. 22. c. 38. Früher ſcheint die Wiederverheirathung der Mutter keinen Einfluß auf die Erziehung gehabt zu haben, wenigſtens kommt bey Livius XXXIX. c. 9. ein Beyſpiel der Erziehung eines Kindes durch die Mutter und den Stiefvater vor, was aber auch ein böſes Ende nahm.

dadurch zur Regel erhoben hat [18]), was früher nur durch ſpecielle kaiſerliche Conceſſion eintreten konnte [19]). Wäre nun ein wirkliches Verbot vorhanden, dem Tutor nicht die Erziehung zu überlaſſen, dann müßte allerdings behauptet werden, daß Juſtinian durch Uebertragung der Vormundſchaft auf die Mutter, dieſer indirekt dadurch ihr früheres Erziehungsrecht genommen habe; allein weil es kein ſolches Verbot giebt, ſo iſt auch keine Nothwendigkeit für eine ſolche Schlußfolge vorhanden; auch hieße es wohl, die Aengſtlichkeit und das juriſtiſche Mißtrauen zu weit treiben, wenn man ſogar bey der Mutter, der Erbſchaft wegen, Gefahr für das Leben der Kinder argwöhnen wollte [20]). Als eine äuſſere Beſtätigung für die Richtigkeit dieſer Anſicht kann auch noch dies angeführt werden, daß die Mutter auch die Vormundſchaft nur ſo lange behalten ſoll, als ſie unverheirathet bleibt, daß alſo in dieſer Beziehung Erziehungsrecht und Tutel parallel gehen. Wenn übrigens ein zu erziehendes Kind ein Adoptivkind eines Verſtorbenen iſt, ſo iſt es nicht die Frau des verſtorbenen Adoptivvaters, ſondern die leibliche Mutter des Kindes, welcher die Erziehung deſſelben gebührt, weil in Rückſicht des mütterlichen Verhältniſſes durch Adoption nichts geändert wird [21]). Indeſſen muß natürlich auch in dieſem Fall die Mutter nicht wieder geheirathet haben; hingegen würde es an ſich nicht ſchaden, daß ſie noch mit dem leiblichen Vater des Kindes in der Ehe lebt, denn ſie ſoll nur keinen vitricum liberis indu-

---

18) Nov. 118. c. 5.

19) Tit. C. quando mul. tut. off. fungi pot. (5, 35).

20) Es kann jedoch nicht geläugnet werden, daß in l. 2. C. ubi pupilli (5, 49) wenigſtens die Großmutter nicht als ganz unverdächtig angeſehen wird.

21) l. 10. §. 1. C. de adoption. (8, 48). „..... Quis enim materna jura posset abolere, cum videbatur (adoptatum) et ex jure antiquo patrem quidem habere adoptivum, *matrem autem eam, quam natura cognoscit.*“

cere [22]), was doch nicht auch auf den leiblichen Vater bezogen werden kann; allein dieser letztere Fall kann, meiner Meinung nach, eigentlich gar nicht zur Sprache kommen, weil, wie ich glaube, der leibliche Vater, wenn er noch lebt, sogar den Vorzug vor der Mutter in Ansehung der Erziehung hat. Blutsverwandte, Cognat des Kindes, bleibt der leibliche Vater ja auch nach der Adoption so gut wie die Mutter; als Cognat ist er nun aber auch dem Grad nach eben so nahe als diese, und unter gleichen Umständen geht bekanntlich in der Regel das männliche Geschlecht dem weiblichen vor, soferne nicht von bloßen Privatangelegenheiten, wohin die Erziehung keineswegs gehört, die Rede ist. So wie also der leibliche Vater eines durch Tod des Adoptivvaters sui juris gewordenen Adoptivkindes, die Mutter von der Tutel über das Kind ausschließt [23]), obgleich Justinian in Nov. 118. c. 5. diesen speciellen Fall gar nicht ausdrücklich berücksichtigt hat, so schließt er sie auch von der Erziehung aus, und wir finden demnach hier wieder in einer andern Anwendung, Tutel und Erziehungsrecht in einer Person vereinigt. Es kommt dies aber noch in einer dritten Anwendung vor, in welcher auch die Mutter nicht zunächst zur Erziehung berechtigt ist, nämlich wenn — was freylich bey uns selten geschehen wird — ein Vater sein noch unmündiges Kind emancipirt hat. Bekanntlich war nach älterem römischen Recht, der Vater Patron des emancipirten Kindes, und hatte als solcher theils ein besonderes Erbrecht [24]), theils die Tutel über das Kind, wenn es noch unmündig war [25]). Nach dem allgemeinen

22) l. 1. C. ubi pupilli (5, 49).

23) Thibaut, Pandektsystem, § 505, scheint hier geneigt, Concurrenz der Eltern anzunehmen; allein dazu dürfte doch wohl hier nicht mehr Grund vorhanden seyn, als bey der Emancipation, bey welcher entschieden der Vater die Mutter von der Tutel ausschließt.

24) Tit. D. si a parente quis manumissus sit (37, 12).

25) Tit. J. de legitima parentum tutela (1, 18).

Princip, daß die bloße Aenderung einer Regel nicht auch an ſich ſchon die von dieſer Regel geltenden Ausnahmen aufhebt [26]), iſt durch die Nov. 118. dem Vater von jenem Patronat nur das bevorzugte Erbrecht entzogen, da nur dies mit der Novelle unvereinbar iſt, keineswegs aber der beſondere Anſpruch auf die Tutel, indem der Vater ja auch nach den Grundſätzen der Novelle zunächſt zur Vormundſchaft berufen iſt, auch die Zulaſſung der Mutter oder Großmutter zur Tutel ſichtbar auf den Fall beſchränkt wird, wenn der Vater geſtorben iſt, da es heißt, daß Mutter und Großmutter zwar den Seitenverwandten vorgehen, aber den vom verſtorbenen Vater ernannten Vormündern weichen ſollen [27]). Es wäre doch in der That ſeltſam, wenn ein teſtamentariſcher Tutor, den freylich nur ein paterfamilias ernennen kann, mehr Recht haben ſollte, als der Vater ſelbſt, der ſein Kind emancipirt hat. Um dies zugeben zu können, müßte auch behauptet werden, daß die Emancipation nach Juſtinianiſchem Recht, Vater und Kind einander mehr entfremde, als nach älterem Recht, während doch in der Geſetzgebung der ſpätern römiſchen Kaiſer das Beſtreben zu Tage liegt, den Einfluß der Emancipation und Adoption als juriſtiſches Auflöſungsmittel der natürlichen Familienbande, zu vermindern. Noch unnatürlicher wäre es aber, dem Vater wegen der Emancipation die Erziehung ſeines Kindes abzuſprechen zum Beſten der Mutter, die doch nicht näher mit dem Kinde verwandt iſt, als der Vater, und hier kommen alſo wieder Tutel und Erziehungsrecht bey einem Subject zuſammen. Es verſteht ſich jedoch von ſelbſt, daß dies nur dann gilt, wenn der Vater nicht zur Strafe zur Emancipation gezwungen worden iſt, was nach römiſcher Theorie vom Regenten geſchehen kann [28]); und noch weniger kann dem Vater Tutel und Erziehung zugeſprochen werden, wenn er gar

26) Thibaut, Civil. Abhandlungen, No. 7. S. 108 u. f.

27) Nov. 118. c. 5.

28) l. 5. D. si a parente quis manumissus sit. (37, 12).

ipso jure zur Strafe die väterliche Gewalt verloren hat, z. B. wegen Preisgebung oder Aussetzung der Kinder [29]). Dies liegt in der Natur der Sache, namentlich bey ausgesetzten Kindern [30]). In Ansehung der letztern gebührt dem, der sie aufgenommen hat, die Erziehung, wenn er die Kinder behalten will, sonst muß von Staatswegen für sie gesorgt werden; auch gab es schon bey den Römern unter den Kaisern eigene Waisen-, Erziehungs- und Findelhäuser, orphanotrophia und brephotrophia, namentlich für die Aufnahme und Erziehung von Findelkindern bestimmt, und denen die Privilegien der pia corpora ertheilt waren [31]). Es kann indessen keinen Zweifel leiden, daß die unschuldige Mutter die Erziehung ihrer, zur Strafe des Vaters sui juris gewordenen Kinder verlangen könne. In Rücksicht der ausgesetzten Kinder scheint zwar dem entgegen zu stehen, daß nach Justinians Bestimmung niemand mit dem Beweise gehört werden soll: ein Findelkind sey sein Kind, so ferne er zugleich gestützt auf diesen Beweis, Rechte an dem Kinde geltend machen will [32]); aber diese Bestimmung ist ganz unstreitig nur gegen den Aussetzer selbst gerichtet; denn dafür sprechen einestheils die von Justinian gebrauchten Ausdrücke, anderntheils das anerkannte

---

29) l. 12. C. de episc. audient. (1, 4). l. 2. l. 3. C. de infant. expos. (8, 52) cap. un. X. de infant. et languid. expos. (5, 11).

30) Nov. 153. Die Geschichte der Bestimmungen über die Kinderaussetzung hat J. H. Boehmer mit seiner gewohnten Gelehrsamkeit erörtert im. J. E. P. lib. V. tit. 9.

31) l. 35. C. de episc. et cler. (1, 3). Nov. 111. c. 1. Schon Trajan, der ja auch durch seinen Fond zur Unterstützung armer Eltern bey der Erziehung ihrer Kinder berühmt ist, soll Tausende von Findelkindern auf öffentliche Kosten haben erziehen lassen. Plin. Sec. Panegyr. c. 36. Diese Kinder wurden nach ihrem Wohlthäter (Ulpius Trajanus) Ulpiani genannt. Spanhem. de usu et praestant. numismat. T. I. p. 543.

32) Nov. 153.

Princip, daß die Kinderaussetzung nicht den Rechten unschuldiger Dritter an den ausgesetzten Kindern Abbruch thue [33].

Eine Frage, die hier endlich noch zu berühren ist, obschon sie erst in der Folge beantwortet werden kann, ist die, ob bey einem Pupillen, welcher bevor, oder nachdem er sui juris geworden, von einem Frauenzimmer adoptirt worden ist, die leibliche oder die Adoptiv-Mutter das nächste Recht auf die Erziehung hat. Es muß die Erörterung dieses Punktes hier deshalb ausgesetzt werden, weil dieselbe abhängig ist von der in anderer Verbindung zu untersuchenden Frage, wer überhaupt die Erziehung der von Weibern adoptirten Kinder habe.

2) Wenn gar keine, oder doch keine solche Mutter vorhanden ist, der die Erziehung anvertraut werden kann, auch keiner von den besonderen Fällen eintritt, in welchen dem leiblichen Vater des Pupillen, sogar mit Ausschließung der Mutter, die Erziehung zusteht, alsdann soll die Obrigkeit doch zunächst noch unter den Verwandten des Pupillen den Erzieher auswählen, wenn sich fähige Personen unter diesen Verwandten finden [34]. Daß dabey, unter Voraussetzung gleicher Fähigkeit, dem näheren Verwandten der Vorzug vor dem entfernteren gebühre, versteht sich wohl auch ohne gesetzliche Belege von selbst; aber daß gerade der Großmutter vor allen andern Verwandten ein Recht auf die Erziehung zustehe, wie Einige behauptet haben, dies läßt sich schwerlich durchführen, weil die Ordnung der Delation der Tutel keinen Schluß auf die Delation des Erziehungsrechts begründet; auch wird ausdrücklich bemerkt, daß zwischen der Großmutter und dem Oheim nur die größere, persönliche Fähigkeit zur Erziehung entscheide [35].

Wenn nun übrigens nicht einmal unter den Verwandten des Pupillen jemand für die Leitung der Erziehung desselben

---

33) l. 29. D. de manumiss. testam. (40, 4).

34) l. 1. §. 2. D. ubi pupillus (27, 2). l. 2. C. ubi pupilli (5, 49).

35) l. 2. C. cit.

geeignet iſt, dann bleibt freylich nichts anderes übrig, als irgend einer fremden Perſon die Erziehung zu übertragen, wobey es kaum bemerkt zu werden verdient, daß nur eine ehrbare und unbeſcholtene Perſon, bey welcher die Sittlichkeit des zu erziehenden Kindes nicht gefährdet iſt, gewählt werden darf [36]).

Ob bey der Wahl von Verwandten oder Anderer zu Erziehern auf das Geſchlecht zu ſehen ſey, darüber gibt es keine allgemeine Beſtimmung, wenn man nicht einen, nur für einen ganz ſpeciellen Fall aufgeſtellten Grundſatz generaliſiren will. Es ſoll nämlich, wenn zwiſchen Zweyen über die väterliche Gewalt über ein Kind geſtritten wird, unter gewiſſen, in der Folge näher charakteriſirenden Umſtänden, das ſtreitige Kind während des Proceſſes nicht beym Beklagten bleiben, ſondern ſequeſtrirt und einem Dritten anvertraut werden, und in dieſer Beziehung iſt nun angeordnet, daß Kinder weiblichen Geſchlechts immer, Kinder männlichen Geſchlechts aber, wenn ſie nicht das Alter der praetextati, d. h. das 17te Jahr überſchritten haben, einer materfamilias übergeben werden ſollen [37]). Gegen die Ausdehnung dieſer Beſtimmung läßt ſich aber mit Grund einwenden, daß dieſelbe keineswegs eine allgemeine, nur zufällig bloß in einer einzelnen Anwendung vorkommende Regel ſeyn könne, da es ausdrücklich als zuläſſig angegeben wird, ein Kind ſeinem Oheim zur Erziehung zu überlaſſen [38]), und es würde offenbar die allerwillkührlichſte Deutung ſeyn, hier an einen mehr als ſiebenzehnjährigen Jüngling zu denken. Am natürlichſten bleibt es freylich immer, wenn Mädchen von Frauenzimmern, Knaben von Männern erzogen werden, ausgenommen allenfalls, wenn Knaben noch ganz klein ſind, wo ſie auch am beſten in weiblichen Händen aufgehoben ſeyn mögen; allein geſetzlich hat die Obrigkeit in

36) l. 5. D. ubi pupillus (27, 2). l. 3. §. 6. D. de lib. exhib. (43, 30).

37) l. 3. §. 6. D. de lib. exhib. (43, 30). B. Brisson. de V. S. voce: „Praetextatus".

38) l. 2. C. ubi pupilli (5, 49).

dieſer Rückſicht freye Wahl, und eben ſo wenig kann wohl der Obrigkeit das Recht beſtritten werden, ſelbſt dem Vormunde die Erziehung zu überlaſſen, wenn keine näher berechtigten Perſonen vorhanden ſind, weil — wie ſchon bemerkt worden — kein ausdrückliches Verbot dem Vormunde entgegen ſteht.

3) Bey der Feſtſetzung der Alimente und ſonſtigen Erziehungskoſten der Pupillen, ſoll ſich die Obrigkeit, wie es in der Natur der Sache liegt, zuvor genau vom Vermögensbeſtande derſelben unterrichten, und dabey die Vormünder zu Rathe ziehen [39]). Dann ſoll auch nicht mehr zu dieſen Koſten ausgeſetzt werden, als eine ſtandesmäßige und in allen Beziehungen angemeſſene Unterhaltung und Ausbildung des Pupillen erfordert, wenn auch das vorhandene Vermögen einen größern Aufwand geſtattet [40]). Um ſo mehr iſt alſo darauf zu ſehen, daß jene Koſten nicht gar den Ertrag des Vermögens überſteigen, alſo dieſes ſelbſt vermindern; jedoch hat eine dem Stande, den Anlagen und dem Ganzen der Verhältniſſe des Pupillen entſprechende Suſtentation und Bildung deſſelben, den Vorzug vor der Erhaltung des Vermögens, und es ſoll deshalb das zu jenem Zweck Erforderliche verwendet werden, wenn auch das Vermögen darüber aufgeht [41]).

4) Wenn die Obrigkeit zu viel oder zu wenig für Unterhalt und Erziehung des Mündels ausgeſetzt hat, ſo kann der Vormund einſeitig davon abgehen [42]), und ihm iſt ſogar die alleinige Beſtimmung jener Koſten zu überlaſſen, wenn Offenbarung der Vermögensverhältniſſe des Pupillen, dieſem nachtheilig ſeyn könnte [43]).

---

39) l. 2. pr. l. 3. pr. §. 2 u. 4. D. ubi pupillus (27, 2).

40) l. 3. §. 1. u. 3. D. eod.

41) l. 3. §. 3. D. eod. l. 12. §. 3. D. de admin. et peric. tutor. (26, 7). l. 3. pr. §. 1. D. de contr. tut. et utili act. (27, 4). l. 2. C. de aliment. pupillo praest. (5, 50).

42) l. 2. §. 3. l. 3. §. 6. D. ubi pupillus (27, 2).

43) l. 2. C. de alim. pupillo praest. (5, 50).

Nunmehro können wir uns zu der oben ausgeſetzten Erörterung der Ausnahmen von der allgemeinen Regel, daß dem paterfamilias die Erziehung ſeiner filii- und filiaefamilias zukomme, wenden. Dieſer Ausnahmen gibt es vier.

I. Dem Vater kann die Erziehung ſeiner Kinder genommen werden, wenn er ſich durch ſchlechtes Betragen (turpitudo) derſelben unwürdig gemacht hat [44]), und Gleiches muß unſtreitig Statt finden, wenn derſelbe durch Wahnſinn, Krankheit, oder ſonſtige Umſtände, gänzlich außer Stande iſt, die Erziehung zu leiten; doch gehört die Prodigalitätserklärung an ſich nicht auch zu den Unfähigkeitsgründen, weil dieſe ſich eigentlich nur auf die Vermögensverwaltung und die damit in Verbindung ſtehenden Rechtsgeſchäfte bezieht; gewöhnlich wird indeſſen wohl die Untauglichkeit zur Vermögensverwaltung auch mit Untauglichkeit zur Kindererziehung verbunden ſeyn. Ausdrücklich iſt nun zwar nur geſagt, daß die Mutter in dergleichen Fällen berechtigt ſey, die Erziehung zu verlangen [45]); allein wir irren gewiß nicht, wenn wir hier für den Fall, da Kinder factiſch der väterlichen Erziehung entbehren, die Grundſätze zur Anwendung bringen, welche wir oben in Anſehung der Pupillen kennen gelernt haben, ſo

44) l. 1. §. 3. l. 3. §. 5. D. de liberis exhib. (43, 30) verglichen mit l. 17. §. 13 u. 14. D. de injuriis (47, 10). l. 22. §. 6. D. soluto matr. (24, 3). l. 13. §. 2. C. de sentent. passis et restitutis (9, 51).

45) l. 1. §. 3. D. de lib. exhib. (43, 30). „Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis, quam apud patrem, morari filium debere, ex justissima scilicet causa, et Divus Pius decrevit, et a Marco et a Severo saepe rescriptum est: aeque subveniendum ei erit per exceptionem.“ l. 3. §. 5. D. eod. „Etiam si maxime autem probet filium pater in sua potestate esse: tamen causa cognita, mater in retinendo eo potior erit, idque decretis Divi Pii quibusdam continetur; obtinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur.“

weit wenigſtens, als nicht aus der Verſchiedenheit des Verhältniſſes eine nothwendige Abweichung hervorgeht. Wer zwar die väterliche Gewalt als ein bloßes Privatrecht, und die Kinder als wahre, im Eigenthum ſtehende Sachen ihres Vaters betrachtet [46]), der muß conſequent behaupten, daß, wenn nicht die Mutter ſich der Kinder annimmt, oder annehmen kann, letztere ohne Erbarmen verderben und verkümmern müſſen, weil wir nicht wie in England Geſetze haben, welche der Obrigkeit einzuſchreiten geſtatten, wenn ein Herr ſeine Thiere ſchlecht behandelt; aber wer ſich davon überzeugt hat, daß die väterliche Gewalt, ſelbſt nach älterem römiſchen Recht, geſchweige denn nach neuerem, oder gar nach heutigem Recht, ihrer Grundlage und ihrer Beſtimmung zufolge, nichts anderes ſey, als ein von der Natur und von der bürgerlichen Geſellſchaft, auch um der Kinder und des allgemeinen Beſtens willen, in die Hand des Vaters gelegtes Erziehungsverhältniß, der wird unſtreitig kein Bedenken tragen, mit Thibaut [47]) zu behaupten, daß der paterfamilias in Anſehung der Erziehung ſeiner Kinder, der Polizeygewalt der Obrigkeit unterworfen ſey, und es demnach nur einer zufälligen Mangelhaftigkeit unſerer Quellen zuzuſchreiben, wenn nirgends mit dürren Worten darin ausgeſprochen iſt, daß nicht bloß die Mutter, unter welcher auch hier natürlich in Beziehung auf Adoptivkinder, nicht die Frau des Adoptivvaters, ſondern die leibliche Mutter der Kinder verſtanden werden muß, befugt ſeyn ſoll, die Untauglichkeit des paterfamilias zur Leitung der Erziehung zu ergänzen, ſo wie die Kinder von dem ihnen

46) Die Vertheidiger dieſer Anſicht müſſen eigentlich die alten Römer für Kannibalen erklären, weil dieſelben das jus vitae et necis als das Weſen der patria potestas angaben. Ich ſehe aber nicht ein, welche utilitas privata aus dem Tödtungsrecht gezogen werden konnte, wenn man die Kinder nicht verzehrte. Das Weſen des Eigenthums wird nirgends in die Vernichtungs- und Zerſtörungsbefugniß geſetzt.

47) Pandektenſyſtem, §. 354.

verderblichen Vater zu trennen. Auch der Obrigkeit müssen wir das Recht einräumen, nöthigenfalls einzuschreiten, und den Verwandten oder auch fremden Personen die Verpflegung und Ausbildung der verwahrlosten Kinder zu übertragen, um auf diese Weise den Mangel der väterlichen Vorsorge zu suppliren, so wie sie auch bey den Ehen der Kinder die väterliche Einwilligung ersetzt, wenn der Vater wahnsinnig oder abwesend ist, oder aus bloßem Eigensinn seinen Consens verweigert [48]); sonst müßte man es ruhig geschehen lassen, wenn ein niederträchtiger Mensch absichtlich und ungescheut seine Nachkommen zu verschmitzten und vermessenen Feinden der bürgerlichen Gesellschaft heranbildete. Wird doch sogar für das Vermögen des furiosus, prodigus, aegrotus und absens von Staatswegen gesorgt; wie sollten also seine Kinder weniger Aufmerksamkeit verdienen? Aus diesen Gründen dürfte wohl zur Genüge erhellen, daß wir nicht, gestützt auf eine falsche Analogie von den Grundsätzen über die Behandlung unseres Eigenthums, der Obrigkeit auch alle Einmischung in die Kindererziehung zu versagen berechtigt sind. Es sind hier aber noch ein Paar besondere Fälle zu berücksichtigen, in welchen nicht einmal die Mutter zunächst zur Ausschließung des untüchtigen Vaters von der Erziehung befugt ist.

1. Der paterfamilias eines zu erziehenden Kindes kann der Groß- oder gar Aeltervater desselben seyn. So ferne nun ein näherer Adscendent des Kindes noch lebt, der Vater oder Großvater, so geht hier, im Fall der Unfähigkeit des paterfamilias, das Erziehungsrecht vor Allem auf den nächstfolgenden Adscendenten über, vorausgesetzt, daß dieser die nöthigen Eigenschaften besitzt. Dies kann zuvörderst als ausgemacht angesehen werden, wenn dieser nähere Adscendent auch in der Gewalt des paterfamilias steht, indem in ver-

48) l. 9. l. 10. l. 11. l. 19. D. de ritu nupt. (23, 2.) l. 25. C. de nuptiis (5, 4).

ſchiedenen Anwendungen das Princip anerkannt iſt, daß zum Beſten des Enkels der Vater den Großvater, deſſen Gewalt ſie beide unterworfen ſind, vertreten könne, wenn der Großvater unfähig, oder auf andere Weiſe gehindert iſt, für den Enkel zu ſorgen [49]). Iſt nun aber gleich dies Princip nicht auch alsdann anwendbar, wenn der in der Mitte ſtehende Adſcendent aus der väterlichen Gewalt herausgetreten iſt, durch Emancipation oder Adoption, denn auf beiden Wegen kann ja Jemand aus der Familie ſeines bisherigen paterfamilias ausſcheiden, ohne daß ſeine ſchon vorhandenen Kinder ihm folgen [50]), ſo muß dennoch unter den erwähnten Umſtänden ihm das Erziehungsrecht vor der Mutter zugeſprochen werden, weil er in gleichem Verwandtſchaftsverhältniß, wie dieſe, zu ſeinen Kindern ſteht, und dabey dann den Vorrang des Ge-

---

49) l. 17. §. 18. D. de injuriis (47, 10) „Quod deinde ait: *qui injuriam accepit*, interdum ita accipiendum est, ut patri ejus competat actio; ut puta nepoti facta injuria est, pater praesens est, avus abest: scribit Julianus, patri potius dandam injuriarum actionem, quam ipsi nepoti; *ad cujus, inquit, officium pertinet, etiam vivente avo filium suum in omnibus tueri.*“ §. 20. eod. „Idem ait, et si nepoti facta sit injuria, et nemo sit, qui avi nomine agat, permittendum esse patri experiri, et is procuratorem dabit: omnibus enim qui suo nomine actionem habent, procuratoris dandi esse potestatem; intelligi autem filium, inquit, familias suo nomine agere, cum patre cessante Praetor ei agere permittat.“

l. 9. pr. D. de ritu nuptiar. (23, 2) „Si nepos uxorem velit ducere, avo furente, omni modo patris auctoritas erit necessaria; sed si pater furit, avus sapiat, sufficit avi voluntas.“

50) l. 40. pr. D. de adoption. (1, 7) Tit. D. de conjungend. cum emancipato liberis (37, 8). Was die Emancipation betrifft, ſo iſt hier nur an die Römiſche zu denken, denn bey der unpaſſend ſogenannten emancipatio juris Germanici durch Oeconomia separata folgen die Kinder den Eltern, bleiben alſo nicht in der Gewalt des Großvaters.

ſchlechts für ſich hat. Es ſcheint freylich, als wenn dieſe Frage gar nicht erheblich ſeyn könne, weil doch in der Regel Mutter und Vater beyſammen leben, allein es iſt doch wichtig, beſtimmte Grundſätze über die Entſcheidung desfalls zu haben, wenn Mutter und Vater über die Art und Weiſe der Erziehung nicht einerley Meinung ſind; hier muß nun der Wille des Vaters vorgehen. Dann iſt ja auch, wenn Jemand ein Kind als Enkel adoptirt hat, die leibliche Mutter des Kindes keineswegs die Frau des Sohnes des Adoptivgroßvaters, und in dieſem Falle kommt es alſo gar darauf an, zu beſtimmen, wo überhaupt das Kind ſeyn ſoll. Der Vollſtändigkeit wegen iſt hier noch zu bemerken, daß dieſe Grundſätze wieder ein Paar Ausnahmen leiden können; nämlich

A. Wenn Jemand wider den Willen ſeines Sohnes ein Kind als Enkel adoptirt hat. Ein ſolcher Enkel geht den Sohn gar nichts an [51]), und die Erziehung deſſelben muß deshalb, bei eingetretener Unfähigkeit des paterfamilias, nicht an deſſen Sohn, ſondern an die leibliche Mutter des Kindes kommen.

B. Wenn Jemand ein Kind zwar mit Genehmigung ſeines Sohnes als Enkel adoptirt hat, aber darauf der Sohn emancipirt, oder von einem Anderen adoptirt worden iſt. Hier iſt bekanntlich wieder alle Verbindung zwiſchen dem Sohn und dem Enkel aufgelöſt, und es kann daher erſterer nie auf die Erziehung des letzteren Anſpruch machen.

Uebrigens verſteht es ſich von ſelbſt, daß weder die Mutter, noch ſonſt Jemand durch Unfähigkeit des paterfamilias ipso jure berechtigt wird, denſelben von der Erziehung auszuſchließen; es iſt dazu natürlich immer eine obrigkeitliche Entſcheidung erforderlich, doch kann dieſe auch excipiendo erwirkt werden [52]).

---

51) l. 11. verglichen mit l. 6. und 10. D. de adoption. (1, 7)

52) l. 1. §. 3. l. 3. §. 5. D. de liberis exhibendis (43, 30).

2. Zufolge des oben geführten Beweiſes, daß in Anſehung der von einem Anderen adoptirten Kinder der leibliche Vater noch vor der leiblichen Mutter zur Erziehung befugt ſey, müſſen wir auch hier, wenn der Adoptivvater zur Leitung der Erziehung untauglich geworden iſt, dem leiblichen Vater ein näheres Recht, als der Mutter, zuerkennen, die Erziehung zu verlangen.

3. Wenn die väterliche Gewalt über ein Kind zwiſchen Zweyen ſtreitig iſt, dann hat turpitudo des Klägers zur Folge, daß, im Fall der Unmündigkeit des Kindes, der Proceß bis zur Mündigkeit deſſelben ausgeſetzt werden ſoll, und bis dahin ſoll das Kind bey dem Beklagten bleiben, und von ihm erzogen werden, ſo ferne er eine persona honesta iſt; iſt aber auch der Beklagte eine persona turpis, dann ſoll das Kind einer matrona, einer unbeſcholtenen materſamilias übergeben werden, wenn es nicht ſchon ein juvenis praetextatus iſt [53]). Auf die Mutter oder ſonſtige Verwandte iſt dabey gar keine Rückſicht genommen, vermuthlich, weil in dieſem Falle ja auch die anderweitige Verwandtſchaft in der Regel als zweifelhaft zu betrachten iſt.

II. Ganz abweichende Normen gelten, wenn die Ehe geſchieden worden iſt. Hat nämlich ein Theil allein durch ſein Betragen zu der Scheidung Anlaß gegeben, gleich viel übrigens, wer dieſe gefordert haben mag, dann ſollen die Kinder von dem unſchuldigen Theil erzogen werden, aber der ſchuldige ſoll die Koſten tragen, ſo weit er kann. Jedoch iſt dies keine unbedingte Regel, denn die Obrigkeit kann auch dem ſchuldigen Theil die Erziehung übertragen, ſo ferne ſie dieſen für fähiger hält [54]). Sind beide Theile gleich ſchuldig oder un-

53) l. 3. §. 4. und 6. D. de lib. exhib. (43, 30) verglichen mit l. 46. §. 1. D. de V. S. (50, 16) l. 41. §. 1. D. de ritu nuptiar. (23, 2)

54) Nov. 117. c. 7. Gewöhnlich wird behauptet, Juſtinian habe beſtimmt, daß der ſchuldige Theil immer ins Kloſter geſteckt wer-

ſchuldig, was allerdings nach den heutigen Grundſätzen über Eheſcheidung nicht leicht vorkommen kann, und es iſt auch kein Theil minder fähig, die Erziehung zu beſorgen, als der andere, dann hängt es ganz von der Obrigkeit ab, welchem Ehegatten ſie die Erziehung laſſen will; auch kann ſie die Kinder theilen, was am liebſten nach dem Geſchlecht geſchehen ſoll, ſo daß der Mann die Söhne, die Frau die Töchter erhält [55]). Unſere heutige Praxis theilt aber bekanntlich oft die Kinder auch dann, wenn Ein Ehegatte allein die Scheidung verſchuldet hat.

Scheidung kann alſo auch zur Folge haben, daß die Erziehung dem paterfamilias genommen, und der Mutter überlaſſen wird, ſo lange die letztere nicht wieder geheirathet hat [56]), und dieſe Grundſätze können und müſſen conſequent auch auf die katholiſche separatio quoad thorum et mensam angewendet werden. In Beziehung auf die hier entwickelten Regeln ſind jedoch einige natürliche Beſchränkungen nicht zu überſehen.

1. Iſt der geſchiedene Ehemann nicht ſelbſt der paterfamilias ſeiner Kinder, weil er auch noch in väterlicher Gewalt ſteht, dann können die obigen Grundſätze wohl nicht auch gegen ſeinen Vater zur Anwendung gebracht werden, ſo daß auch dieſer um ſeines Sohnes willen und durch deſſen Verſchulden die Erziehung ſeiner Enkel verlöre. Dies folgt aus

---

den ſolle. Dann ſtünde Juſtinian in Widerſpruch mit ſich ſelbſt, weil der ins Kloſter eingeſperrte Ehegatte doch nicht die Erziehung der Kinder haben könnte. Aber, abgeſehen davon, daß jene Strafbeſtimmung niemals in Deutſchland zur Anwendung gekommen iſt, ſo iſt dieſelbe überhaupt nur für den Fall aufgeſtellt, wenn keine Kinder aus der Ehe entſprungen ſind. Nov. 117. c. 13. und Nov. 127. c. 4.

55) l. un. C. divort. facto apud quem liberi morari vel educari debeant (5, 24).

56) Nov. 22. c. 38. l. 1. C. ubi pupilli (5, 49). l. 2. C. quando mul. tut. off. fung. pot. (5, 35) Nov. 94. c. 2.

dem allgemeinen Princip, »ut inter alios acta vel judicata aliis non noceant« [57]. Es läßt ſich dawider auch nicht einwenden, daß nach Juſtinians Vorſchrift kein Ehegatte ſich ohne Genehmigung ſeines Vaters ſoll ſcheiden dürfen, letzterer mag noch die potestas haben oder nicht [58], ſo daß alſo der Vater es ſich ſelbſt beyzumeſſen hat, wenn er die Scheidung hat geſchehen laſſen; denn dieſe Verfügung betrifft nur den Vater desjenigen Ehegatten, der Scheidung verlangt, nicht desjenigen, der durch ſein Verhalten zur Scheidung Anlaß gegeben hat.

2. Wenn ein Ehemann Adoptivkinder hat, ſo können dieſe natürlich nicht der geſchiedenen Frau deſſelben zur Erziehung übergeben werden, wenn auch dieſer nach den obigen Regeln die Erziehung zukäme, weil ja Adoptivkinder die Ehefrau des Adoptivvaters nichts angehen. Die obigen Grundſätze betreffen alſo nur die leiblichen Kinder der geſchiedenen Eheleute, und überhaupt nur die gemeinſchaftlichen Kinder, nicht die, welche ein Ehegatte allein hat.

III. Bekanntlich iſt es im Römiſchen Rechte dem paterfamilias geſtattet, ſeine filiifamilias in ſeinem Teſtamente für Verſchwender zu erklären, was der gerichtlichen Prodigalitätserklärung an Wirkungen gleich ſteht [59]. Hat nun ein Teſtator ſeinen Sohn pro prodigo erklärt, ſo muß ihm ohne Zweifel auch das Recht eingeräumt werden, dieſem Sohne die Erziehung ſeiner, nach dem Tode des Teſtators in ſeine Gewalt kommenden Kinder zu nehmen, da er ſogar dem Sohn gültig auflegen kann, ſie zu emancipiren [60]. Von ſelbſt aber verliert der Sohn durch die Prodigalitätserklärung die Erziehung nicht.

---

57) Tit. C. ut inter alios acta vel jud. aliis non noc. (7, 60)

58) Nov. 22. c. 19.

59) l. 16. §. 1 — 3. D. de curatore furioso (27, 10).

60) l. 16. §. 2. D. eod.

IV. Bey der adoptio minus plena und der Adoption durch ein Frauenzimmer behält zwar der leibliche Vater die potestas über das Kind, allein da, wie die bisherige Ausführung zeigt, die Erziehung sehr wohl von der potestas getrennt seyn kann, so kann gewiß mit Fug die Frage aufgeworfen werden, ob doch nicht auch bey jenen unvollkommenen Adoptionen der Adoptivvater oder die Adoptivmutter ein Recht auf die Erziehung des adoptirten Kindes habe, vor dem paterfamilias desselben? Die Stellen freylich, welche sich auf diese unvollkommenen Adoptionen beziehen [61]), sprechen nicht für die Bejahung dieser Frage, da sie das Princip aufstellen, daß der leibliche Vater durch dergleichen Adoptionen gar nichts von seinen Rechten einbüßen solle. Indessen dürfte es keine ganz willkührliche Deutung seyn, diesen Satz nur von den nutzbaren Befugnissen der patria potestas zu verstehen, namentlich dem Recht, durch die Kinder zu erwerben, wenigstens den Ususfructus an ihrem Erwerbe zu erlangen u. d. m., hingegen von dem Erziehungsrecht hier ganz zu abstrahiren, da ausdrücklich bemerkt wird, daß es eigentlich gar keine deminutio patriae potestatis sey, wenn dem Vater die factische Erziehung seiner Kinder genommen werde [62]). Bey dem umfassenden Umfange der väterlichen Gewalt trat — wie aus jener Bemerkung hervorgeht — am Ende das, was eigentlich die Grundlage dieser Gewalt war, das Erziehungsverhältniß den Römern in den Hintergrund, so daß man annahm, die Erziehung könne, dem Wesen der väterlichen Gewalt unbeschadet, dem paterfamilias fehlen. Halten wir dies im Auge, dann scheint mir keine Nothwendigkeit obzuwalten,

---

61) Man vergleiche über die adoptio minus plena l. 10. C. de adopt. (8, 48) §. 2. J. eod. (1, 11) §. 8. J. quib. mod. jus patr. pot. solv. (1, 12) §. 14. J. de hered. quae ab intest. (3, 1) und über die Adoption durch ein Frauenzimmer l. 5. C. de adopt. §. 10. J. eod.

62) l. 3. §. 5. D. de lib. exhib. (43, 30)

dem leiblichen Vater das Erziehungsrecht in Rückſicht ſeines Kindes einzuräumen, wenn er das Kind durch Andere, ſey es auch nur auf unvollkommene Weiſe, hat adoptiren laſſen. Dagegen ſpricht nun, meines Bedünkens, auf der anderen Seite die Natur der Sache dringend dafür, daß man ſelbſt bey den unvollkommenen Adoptionen den Adoptiveltern das Recht zugeſtehen müſſe, die Kinder bey ſich zu haben, und ihre Bildung zu leiten; denn dergleichen Adoptionen wären doch unläugbar etwas ganz Ueberflüſſiges, faſt eine bloße Spielerey, die unmöglich ein solatium liberorum amissorum genannt werden könnte, wenn ſie weiter nichts als ein Erbrecht der Adoptivkinder bewirkten, welches ſich ja eben ſo leicht durch ein Teſtament hervorbringen ließe [63]). Das Kinderhaben und Erziehen iſt, meiner Meinung nach, gerade der eigentliche, in unſeren Quellen ſtillſchweigend vorausgeſetzte Zweck dieſer Adoptionen, und das den Kindern geſetzlich dafür ertheilte Erbrecht nur ein Aequivalent für dieſen Genuß. Inzwiſchen wage ich doch auch nicht, dem leiblichen Vater, da er doch nun einmal noch die patria potestas behält, allen Einfluß auf die Erziehung abzuſprechen, worüber weiterhin noch beſonders die Rede ſeyn wird.

Dies ſind nun aber auch die einzigen Fälle, in welchen ein Recht angenommen werden kann, dem paterfamilias die Erziehung ſeiner Kinder vorzuenthalten. Man könnte freylich noch die Frage aufwerfen, ob nicht der Vater ſich vertragsmäßig ſeines Erziehungsrechts gegen einen Andern, auf eine für ihn durchaus bindende Weiſe, begeben könne? Allein ich glaube, daß dieſe Frage, wenigſtens nach Römiſchen Grundſätzen, unbedingt zu verneinen ſey. Einen ſolchen Vertrag hätten die Römer ganz gewiß als ein pactum contra jus publicum verworfen, indem man nach Römiſcher Theorie

63) Nur zur Umgehung der Beſtimmungen der Nov. 115. über die Enterbung, könnte es eigentlich ein Intereſſe haben, das Teſtiren durch eine Adoption zu vermeiden.

durch Privatverträge nichts von ſeiner väterlichen Gewalt unwiderruflich aufgeben kann. Man verſtehe dies nicht ſo, als beſtritte ich dem Vater ganz die Befugniß, auch nur de facto einem Andern die Erziehung zu übertragen oder zu überlaſſen; daß er dies dürfe, leidet keinen Zweifel, allein nichts hindert ihn, jeden Augenblick ſeine Kinder wieder zurückzunehmen, obſchon er Entſchädigung kann leiſten müſſen, wenn Koſtgeld oder ein Honorar verſprochen war. Gegen das interdictum de libero homine exhibendo kann man ſich allerdings durch die Einrede ſchützen, daß man die Perſon, deren Exhibition verlangt wird, als alumnus bey ſich habe [64]; aber daß man dies auch gegen das interdictum de liberis exhibendis könne, findet ſich nicht.

Kürzer und leichter, als das Recht auf die Erziehung, läßt ſich die Verpflichtung dazu abhandeln. In der allgemeinen Verbindlichkeit des paterfamilias, für ſeine filiifamilias zu ſorgen [65], liegt begreiflicherweiſe auch die Pflicht deſſelben, die Kinder entweder bey ſich zu haben, oder ſie Andern zur Erziehung anzuvertrauen. In den Fällen zwar, da der Vater ſeinen Kindern, wegen ſchlechten Betragens derſelben gegen ihn, die Alimente verweigern kann [66], kann er freylich wohl auch nicht genöthigt werden, ſich in anderer Rückſicht der Kinder anzunehmen, wenn gleich ſeine patria potestas darum nicht erliſcht, auch nicht zu ſeinem Vortheil, was in Anſehung der Verpflichtung durch die filiifamilias, namentlich durch ihre Delicte, wichtig iſt; allein das Recht, die Kinder wegen ſchlechten Betragens ſich ſelbſt zu überlaſſen, kann überhaupt wohl nur bey erwachſenen filiisfamilias, nicht bey unmündigen, noch des Beyſtandes und der Zucht bedürftigen

64) l. 3. §. 4. D. de lib. hom. exhib. (43, 29)

65) l. 4. l. 5. §. 11. und 12. D. de agnosc. et al. lib. (25, 3) l. 4. C. de alend. lib. ac parent. (5, 25) l. 9. C. de patria potest. (8, 47)

66) l. 5. §. 11. D. de agnosc. et al. lib. (25, 3)

Kindern, zugeſtanden werden, alſo auf die Erziehungspflicht keinen Einfluß äußern.

Wem von der Obrigkeit die Erziehung übertragen wird, der muß dieſelbe annehmen, nach Beſtimmung von Alexander Sever [67]). Früher galt dies nicht unbedingt [68]). Hingegen braucht Niemand die ihm vom Vater eines Kindes teſtamentariſch aufgetragene Erziehung zu übernehmen, nur verliert er freylich im Weigerungsfall Alles, was ihm der Teſtator als Belohnung für die Erziehung durch Erbeseinſetzung oder Vermächtniß zugewendet hat [69]).

Zum Beſchluß iſt hier endlich noch ein Blick auf das rechtliche Verhältniß des Erziehers zu werfen. Leider enthalten unſere Quellen über dieſen Punkt faſt gar nichts, indeſſen laſſen ſich die hier aufzuwerfenden Fragen theils aus dem Bisherigen, theils aus anderen anerkannten Grundſätzen, mit ziemlicher Beſtimmtheit beantworten. Dieſe Fragen ſind aber namentlich: in wie ferne hängt es vom Erzieher ab, für welchen Stand und in welcher Religion das Kind erzogen werden ſoll; in welchem Grade ſteht dem Erzieher ein Zwangs- und Züchtigungsrecht gegen das Kind zu; und welche rechtlichen Mittel hat der Erzieher theils gegen das Kind ſelbſt, theils gegen Dritte, um zu erzwingen, daß das Kind bey ihm ſey? Auf mehr kann hier wohl nicht Rückſicht genommen werden; beſonders kann das eigentliche Verfahren bei der Erziehung, das rein Factiſche derſelben, kein Gegenſtand rechtlicher Normen ſeyn, ſondern gehört in das Gebiet der Pädagogik.

Am leichteſten läßt ſich nun das rechtliche Verhältniß des paterfamilias als Erziehers entwickeln. Die Mittel, die ihm zu Gebote ſtehen, um das perſönliche Beyihmſeyn der Kinder zu bewirken, ſind bekannt, auch ſchon oben beyläufig berührt worden. Die Gränzen ſeines Züchtigungsrechts ſind geſetzlich

67) l. 1. C. ubi pupilli (5, 49).
68) l. 1. §. 2. D. ubi pupillus (27, 2).
69) l. 1. §. 3. D. eod. l. 7. in fin. D. de annuis legatis (33, 1).

beſtimmt, wobey freylich der Unterſchied zwiſchen einer mäßigen häuslichen Züchtigung und einer härteren Beſtrafung, welche letztere nur von der Obrigkeit auf Verlangen des Vaters ſoll erfolgen dürfen, dem vernünftigen Ermeſſen in concreto überlaſſen bleiben muß [70]. Aus der Natur der väterlichen Gewalt ergiebt ſich auch, daß es lediglich vom Vater abhängt, ob er ſeinem Kinde eine gelehrte oder nicht gelehrte Bildung geben will oder will geben laſſen, und überhaupt, für welchen Stand das Kind durch die Erziehung vorbereitet werden ſoll, ſo ferne dies nur kein ſchimpflicher Stand iſt. Eben ſo ſcheint es mir keinem Zweifel unterworfen ſeyn zu können, daß es dem Vater gemeinrechtlich [71] frey ſtehen müſſe, ſeine Kinder wenigſtens bis zu den Discretionsjahren ganz nach ſeinem Belieben in einer der drey, durch den weſtphäliſchen Frieden für Deutſchland einander gleich geſtellten, chriſtlichen Confeſſionen unterrichten und dafür erziehen zu laſſen. In Anſehung einer anderen Religion kann ihm dieſe Freyheit wohl nur eingeräumt werden, wenn er ſelbſt dazu gehört, und dieſe Religion zugleich eine tolerirte iſt, wie die moſaiſche, und Gleiches muß in Bezug auf die beſchränkten chriſtlichen Secten, der Mennoniten, Quäker u. ſ. w. gelten. Auf die Religion der Mutter kann es, meines Erachtens, ſelbſt was die Töchter betrifft, nicht ankommen, weil das gleiche Erziehungsrecht der Mutter, worauf man hier eine Berückſichtigung der mütterlichen Religion geſtützt hat, durchaus ungegründet iſt. Ueberhaupt ſcheint mir in den zahlreichen älteren und neueren Schriften über dieſen Gegenſtand, welche ich zu vergleichen Gelegenheit gehabt habe, deren nähere Würdigung aber hier zu weit führen würde, der Geſichtspunkt der väterlichen Gewalt faſt ganz aus dem Auge geſetzt zu ſeyn. Zu eng dürfte es aber auch ſeyn, wenn mehrere derjenigen, welche allerdings

70) l. 3. C. de patria potestate (8, 47).

71) Partikularrechte machen hier natürlich, ſo wie auch Anſehung der Wahl des Standes der Kinder, oft Ausnahmen.

die väterliche Gewalt als das entſcheidende Moment gelten laſſen, dem Vater doch nur erlauben wollen, ſeine Kinder alle in ſeiner Religion zu erziehen; ich ſehe in der That nicht ein, nach welchen Geſetzen man gemeinrechtlich einem proteſtantiſchen Vater das Recht ſtreitig machen könnte, ſeine Kinder katholiſch, oder einem katholiſchen Vater, ſeine Kinder lutheriſch oder reformirt erziehen zu laſſen. In wie ferne übrigens Verträge, namentlich Ehepacten, die geſetzlichen Befugniſſe des paterfamilias in Rückſicht der Erziehung beſchränken können, läßt ſich — wenn man auf unſere Praxis ſieht — unmöglich beſtimmen. Im Römiſchen Recht erſcheint die Lehre von der väterlichen Gewalt durchaus als abſoluter Natur, und kann alſo nicht auf eine für den paterfamilias bindende Weiſe durch Privatverträge modificirt werden. Da aber unſere Praxis ſich nicht ſtreng an die Römiſchen Grundſätze über die pacta contra leges et jus publicum hält, die Gränzen des Abweichens von dieſen Grundſätzen jedoch völlig unbeſtimmt und ſchwankend ſind, ſo müſſen wir hier gänzlich darauf verzichten, feſte Principien aufzuſtellen. Daß es dem Vater frey ſtehe, die Erziehung ſeiner Kinder Andern zu überlaſſen, iſt ſchon oben bemerkt worden. Die Befugniſſe eines ſolchen, vom Vater beſtellten Erziehers ſind aber ganz vom Willen des Vaters abhängig, auch kann derſelbe natürlich nicht ſelbſt die Kinder von Dritten einklagen, ſondern dies nur durch den Vater thun laſſen. Daß die Befugniſſe dieſes Erziehers nicht größer ſeyn können, als die des Vaters ſelbſt, liegt in der Natur der Sache, und ſeine ſchlechte und verkehrte Erziehung berechtigt daher die Polizeygewalt eben ſo gut, einzuſchreiten, als wenn der paterfamilias ſich ein gänzlich unangemeſſenes Benehmen zu Schulden kommen läßt.

Weſentlich verſchieden von dem Verhältniß des Vaters iſt das Verhältniß des Erziehers eines Pupillen. Dieſem, ſelbſt wenn es die Mutter iſt, ſteht eigentlich nur das Factiſche der Erziehung zu. Ob er ein Züchtigungsrecht habe, ob er befugt ſey, den Pupillen von Dritten einzuklagen, darüber findet ſich

zwar gar nichts, und in Rückſicht ſonſtiger, die Erziehung betreffender Punkte haben wir nur die ſchon oben erwähnte Vorſchrift, daß die Obrigkeit die Erziehungskoſten zu beſtimmen habe; aber eben dies letztere zeigt deutlich genug, daß der Erzieher eines Pupillen keineswegs die Stelle des paterfamilias einnehme, wofür auch dies ſpricht, daß der Vater ja teſtamentariſch Verfügungen über die künftige Erziehung ſeiner Kinder treffen kann. Die lobervormundſchaftliche Behörde hat hier, ſo weit, als nicht ſchon teſtamentariſch durch den verſtorbenen paterfamilias die Erziehung zweckmäßig normirt iſt, die Entſcheidung über die dabey vorkommenden rechtlichen Fragen; namentlich iſt es von ihrem Ermeſſen abhängig, ob der Pupill für das Leben in den höheren oder in den niederen Ständen erzogen werden ſoll, ſo ferne er nicht ſchon durch Geburt zu den höheren Klaſſen der bürgerlichen Geſellſchaft gehört. In Betreff der Religion kann jedoch wohl nicht der Obrigkeit die Freyheit des paterfamilias zugeſtanden werden, ſondern da ſcheint es mir nach dem bekannten Grundſatz gehen zu müſſen: interveniente connubio liberi patrem, non interveniente connubio matrem sequuntur. Eheliche Kinder ſind alſo in der Religion des Vaters zu erziehen, von der ja auch zu vermuthen iſt, daß der Vater ſelbſt dieſe gewählt haben würde; uneheliche Kinder dagegen in der Religion der Mutter, mag übrigens die Mutter ſelbſt die Erziehung haben, oder ein Anderer; und ſo wird es auch, ſo weit ich habe in Erfahrung bringen können, im Ganzen überall in der Praxis gehalten. Unter dieſen Umſtänden erhellt nun von ſelbſt, daß es dem Geiſte unſeres gemeinen Rechts keineswegs gemäß ſeyn dürfte, wenn man dem blos factiſchen Erzieher eines Pupillen ein Züchtigungsrecht in dem Maaße, wie es der Vater hat, beylegen wollte; nur in einem höchſt beſchränkten Umfange kann ihm geſtattet werden, ein ſolches einſeitig, ohne Concurrenz der Obrigkeit, auszuüben. Ebenfalls kann auch dieſer Erzieher nicht befugt ſeyn, ſo wie der Vater, das Kind von jedem Dritten einzuklagen, ſondern er

kann ſich nur an die Obrigkeit mit der Bitte wenden, daß dieſe ihm ex officio das Kind wieder verſchaffe [72]).

Was endlich den Fall betrifft, wenn dem paterfamilias die Erziehung ſeiner Kinder genommen iſt, ſo kommt es darauf an, von welchem Geſichtspunkt man hier ausgeht. Betrachtet man das Erziehungsrecht des paterfamilias als völlig übergegangen auf den jetzigen Erzieher, ſo muß man dem letzteren auch alle Rechte des Vaters in Rückſicht der Erziehung zugeſtehen. Richtiger möchte es aber doch ſeyn, ſich den Erzieher hier nur in dem Verhältniß des Erziehers eines Pupillen zu denken. Dies halte ich deshalb für richtig, weil ja keine deminutio patriae potestatis darin liegen ſoll, wenn dem Vater die Erziehung genommen wird. Nur alſo das Factiſche der Erziehung wird dem paterfamilias entzogen, hingegen das, was bey der Erziehung einer rechtlichen Beſtimmung unterworfen iſt, bleibt ſeiner Entſcheidung überlaſſen, ſo weit, als dies den Umſtänden nach möglich iſt, und ſo weit es nicht angeht, vertritt ihn die Obrigkeit, gerade wie bey Pupillen. In dieſem Sinn iſt es zu verſtehen, wenn oben geſagt worden, daß bey den unvollkommenen Adoptionen der leibliche Vater keineswegs allen Einfluß auf die Erziehung der Kinder verliere, wenn er gleich nicht berechtigt iſt, unmittelbar ſelbſt die Erziehung zu leiten.

Allerley untergeordnete Fragen, die noch zur Sprache gebracht werden könnten, glaube ich hier übergehen zu müſſen, weil meine Abhandlung, ungeachtet alles Beſtrebens nach möglichſter Kürze — eine Rückſicht, aus welcher auch die Ausſtattung mit einem gelehrten litterariſchen Apparat abſichtlich vermieden iſt — eine Ausdehnung erhalten hat, die faſt die Gränzen eines Aufſatzes für eine Zeitſchrift überſchreitet.

---

72) Die l. 1. §. 2. D. de rei vind. (6, 1), aus welcher man ein allgemeines Recht derjenigen, die befugt ſind, Kinder bey ſich zu haben, zur Einklagung dieſer Kinder hat ableiten wollen, bezieht ſich ſichtbar nur auf den paterfamilias.